

【論 説】

いわゆる「予防的緊急救助」について

津 田 重 憲

目 次

- 一 緒 論
- 二 「予防的正当防衛」と「予防的緊急救助」
  - (一) 「予防的正当防衛」
    - 「予防的緊急救助」
  - (二) 「予防的緊急救助」
- 三 「急迫性」(現在性)の要件
  - (一) 学説
  - (二) 判例
- 四 結 論

一 緒 論

1 ドイツ刑法三二条二項およびわが刑法三六条一項によれば、急迫(現在)・不正(違法)の侵害に対して、自己ま

たは他人の権利（法益）を防衛するために、やむを得ずにした行為は、正当防衛（緊急救助）として犯罪が成立しない旨を規定する<sup>(1)</sup>。この場合、他人のための正当防衛のことを「緊急救助」(Nothilfe od. Notwehrhilfe)と称しているが、ドイツでは比較的古くから論じられてきた経緯があるものの<sup>(2)</sup>、わが国では、これまでほとんど論議されてはおらず、最近になって、ようやく問題視されてきたものといえよう<sup>(4)</sup>。

ところで、本稿において設定したテーマである「予防的緊急救助」というのは、一体如何なる概念をいうのか<sup>(5)</sup>。それは、次のような事例を想定してみることによって明らかとなる。例えば、「Aが暗い夜道を歩いていたところ、偶然にもBがCをいままさに強窃盗（あるいは殺人・傷害行為）を行なおうとしていることを現認したため、Aはそれを未然に防ぐために、Bに体当たりを加え、よってAはBに暴行・傷害を与えてしまった」という事案を考えてみよう<sup>(6)</sup>。この場合、急迫（現在）・不正の侵害が現に存在しており、それが自己に向けられたものであったときには、自己（正当）防衛として把握されるが、それが自己とはまったく関係のない第三者への法益侵害が向けられていたときは、いわゆる「他人のための正当防衛」(緊急救助)として把握できる<sup>(7)</sup>。しかし、先に掲げた事例によれば、急迫（現在）・不正（違法）の侵害は、未だ存在しないものの、拱手傍観していれば、確実に侵害が予期（招来）されるため、それを未然に防ぐためにAはCを救助するための行為をなしたものといえる。こうした場合、Aは自己防衛ではなく、他人防衛のための咄嗟の反撃行為であり、しかも侵害そのものは未だ存在していないという状況にある。このような状況を、われわれは「予防的緊急救助」(Präventivnothilfe)と称するが、この法概念に関する論議はまったくなされてこなかった<sup>(8)</sup>。もっとも、「正当防衛に類似した状況」や「予防的正当防衛」という概念に関しては、わが国においても、古く大判大正一四年六月二四日新聞二四三三号五頁の判例が存在し、学説でも、泉二博士<sup>(9)</sup>、草野博士など一部の論者によって多少論議されていた程度であり、ほとんど触れられることはなかった。しかし、ここへきて、この種の問題

に関する研究書や論文が相次いで出されてきたことに鑑み、ここで私の一つの考え方を展開してみることにする。

- (1) ここで、便宜上、ドイツ刑法とわが刑法における「正当防衛」と「緊急救助」に関する規定を掲げておく。  
 「ドイツ刑法」三二条二項「正当防衛とは、現在の違法な攻撃を自己または他人から回避するための必要な防衛をいう」(§32(2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder Anderm abzuwenden.)  
 「わが刑法」三六条一項「急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しなす」
- (2) Vgl. Berner, Die Notwehrtheorie, in: Arch Crim. N. F. 1848, S. 562, derselbe. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1863, S. 139.
- (3) もっとも、古く、岡田庄作『刑法原論総論・増訂第二〇版』(一九二二年)二七二頁、山岡萬之助『刑法原理・訂正増補第一五版』(一九三七年)一九七頁などにおいて「緊急救助」の文言が見出される。
- (4) 最近のわが国の刑法教科書や体系書においては、「緊急救助」の文言が数多く登載されるようになってきた。例えば、川端博『刑法講義総論』(二〇〇一年)三四〇頁、大谷實『刑法講義総論第四版』(二〇〇〇年)二九八頁、三原憲三『津田重憲『刑法総論講義第三版』(二〇〇三年)一三四、一三九頁など。
- (5) この「予防的緊急救助」という文言は、わたくの創称にかかり、ドイツおよびわが刑法の教科書や論文においてその文言を見出すことができない。もっとも、わが国では、齊藤誠二「正当防衛権の根拠と展開」(一九九一年)一七四頁において、「緊急救助の類似状況」という文言を使用されているが、わたくしの唱える「予防的緊急救助」と「緊急救助の類似状況」とは、その概念が若干異なる。
- (6) この点につき、津田重憲『緊急救助の基本構造』(一九九八年)二六〇頁参照。
- (7) この場合、正当防衛・緊急救助の成立要件である急迫(現在)性が存在していることが前提となる。
- (8) この意味において、「他人のための予防的な正当防衛」という文言がより適切な表現となろうか？
- (9) 大判大正一四年六月二七日法律新聞二四三号五頁によれば、侵害を予期した防衛のための準備行為(例えば、匕首の用意)をしただけでは「急迫性」は失われるものではないとし、「急迫性」に関するリーディングケースとなっている。事案は、

「突如背後から出刃包丁で突き刺され、驚いて振り向くと今度は下顎部に切り付けられたときに、準備していた匕首を抜き放ち、自己の生命・身体を防衛するために、これに応じた行為」について、防衛行為としてやむを得ずにしたものであるとされものである。この判例については、後で取り挙げる。

- (10) 泉二新熊『日本刑法論・上巻（総論）』（一九一七年）三七〇頁、同『改訂刑法大要・全』（一九二五年）二二〇—二二二頁。
- (11) 草野豹一郎『刑法要論』（一九五六年）八〇頁。
- (12) 例えば、斉藤（誠）・前掲注（5）二七四頁、大杉一之「いわゆる『予防的正当防衛』についての一考察」中央大学大学院研究年報第二七号（一九九八年）二〇七頁以下、大嶋一泰「予防防衛について一人によって惹起された危険に対する防衛的緊急避難」内田文昭先生古稀祝賀論文集（二〇〇二年）九七頁以下など、優れた研究がなされている。

## 二 「予防的正当防衛」と「予防的緊急救助」

ここで、「予防的正当防衛」と「予防的緊急救助」というのは、一体どのような法現象（法概念）を指称するのかという点について、今一度確認してみることによろう。

### （一）「予防的正当防衛」

「予防的正当防衛」とは、正当防衛成立の第一の要件である急迫（現在）の侵害は未だ存在しないものの、このような侵害が直後に発生することが確実なものであるときに、この予期された将来の侵害を避けるために予め手段を講じることとされている。<sup>(13)</sup> この場合、さまざまなケースが想定される。例えば、予期された侵害と「急迫性」と

いうことに關して具体例を挙げてみると、わが国における判例において、最決昭和五二年七月二一日刑集三一巻四号七四七頁は、「刑法三六条が正当防衛について侵害の急迫性を要件としているのは、予期された侵害を避けるべき義務を課する趣旨ではないから、当然又はほとんど確実に侵害が予期されたとしても、そのことから直ちに侵害の急迫性が失われるわけではないと解するのが相当であり、これと異なる原判断は、その限度において違法というほかはない<sup>(14)</sup>」とし、確実に侵害が予期されたとしても、正当防衛の成立要件である「急迫性」は消失しないとしている<sup>(15)</sup>。また、ドイツの設例でも、例えば、「人里離れたホテルの経営者Aは、宿泊客のBとCが、営業時間が終了してから、この経営者を襲おうと相談しているのを察知したため、この攻撃から自己の生命・身体・財産を守るために、経営者Aは、BとCのビールの中に睡眠薬を混入し、BとCを眠らせてしまったため、Aはその侵害から免れることができた<sup>(16)</sup>」、という場合、あるいは、「殺人をするために、今まさに出発しようとしている者を、その者の部屋に監禁してしまった<sup>(17)</sup>」場合などが考えられる。つまり、「予防的正当防衛」という法概念は、侵害は未だ現実に発生してはいないものの、それをそのまま放置していれば確実に、近い将来において被害（侵害）が発生することが予期されるため、自己の生命・身体・財産などを防衛するために、（予想される被侵害者が）自ら予め防衛行為に出ることを指称することをいう<sup>(18)</sup>。

ところで、一部の論者によれば、「予防的正当防衛」のことを「正当防衛に類似した状況」と称しているが、私の理解するところによれば、この「正当防衛の類似状況」という概念は、広い意味において、侵害が未だ現存しない場合における予防的な正当防衛を行使用することを含むものの、それだけではなく、過剰防衛や誤想防衛、籍口防衛などの、いわゆる他の正当防衛に類似した状況をも包含するため、「予防的正当防衛」と「正当防衛の類似状況」とは若干その態様が異なる<sup>(19)</sup>。いずれにしても、「予防的正当防衛」という概念は、先に掲げた事例でも分明のように、現在のあるいは急迫の侵害が未だ存在していないものの、これをそのまま拱手傍観していれば、確実に侵害が招来される場合であ

り、ここでは、「急迫性」や「現在性」をどのように把握するかにかかっていることになる。すなわち、「予防的正当防衛」というのは、「急迫性」という正当防衛の第一の成立要件をどのように捉えるのか否かということになる。<sup>(20)</sup>

## (二)「予防的緊急救助」

一方、「予防的緊急救助」というのは、先にも掲げた事例のように、「人通りの疎らな道路上で、偶然にもAは、BがCをいままさに襲撃しようとしていることを現認したため、Aはそれを未然に防ぐためBに体当たりを加え、よってAはBに傷害・暴行を与えたものの、CはAの行為によつて救われた」という場合をみてみよう。この場合、急迫（現在・不正（違法）の侵害を被らうとしているのは、Aではなくて第三者であるCである。つまり、Aは、いままさに他人に迫る確実に予期された侵害を未然に防止するための行為を行なったことになる。刑法は、「他人のための正当防衛」（緊急救助）を明確に規定するため、他人が急迫・不正の侵害を被っている場合には、それに対して第三者が防衛行為を行なっても、違法性が阻却され、犯罪不成立となる。要するに、「予防的緊急救助」とは、侵害は未だ現存してはいないものの、しかし確実に侵害が生じることが予期される場合に、第三者が被害を被らうとしている者に代わつて防衛行為をなすことを指称する。<sup>(22)</sup>

この点に関して、一部の論者は、「正当防衛に類似した状況」と「緊急救助に類似した状況」という言葉は、双方とも言葉としては似ているが、この二つは異なるものであると指摘する。<sup>(23)</sup>すなわち、「①ここで問題としている『正当防衛に類似した状況』では、適切な対策（措置）を講じておかないと、危険が現実化してくるものであるが、②これに対して、いわゆる『緊急救助に類似した状況』では、もはや危険が現実化するというようなことはない（ただ、いわば

『緊急救助をする者』は、『攻撃をする者』も、そうであるが、<sup>(24)</sup>「そういうことはしていない」からである。この文脈からは、いま一つその意味するところが分明ではないが、「正当防衛の類似状況」と「緊急救助の類似状況」とは、両者とも、急迫・不正の侵害の存在そのものが未だ現実化されていない面においては共通するものであり、防衛行為を自己が行なうのか、あるいは他人が行なうのかの違いのみが両者の違いであろう。<sup>(25)</sup>例えば、「緊急救助の類似状況」の場合、被害者が急迫・不正の侵害が間近に迫っていることを知らなかったことも当然ありうるが、その存在を十二分に予期している場合も想定される。具体例を挙げてみよう。「AとBは普段から不仲で、会うたびに喧嘩をくり返していたが、Aは常にBによる攻撃を予期して、護身用の凶器を所持していたところ、ある日、案の定BがAを発見し、いままさに凶器を持って飛びかかろうとしている段階で、それを現認していたCがAを守るために、Bを殴りつけてしまった」という場合、被害者Aは、十分にBの攻撃を予期したうえで護身用の武器まで所持していたものである。<sup>(26)</sup>こうした場合を、われわれは、Cによる「予防的緊急救助」と称するが、文言としては、広い意味において「緊急救助に類似した状況」の一種として捉えることができる。いずれにしても、「予防的緊急救助」の場合も、「予防的正当防衛」と同様に、「急迫」「現在」という時間的な緊急状況を、どのように理解するか否かにかかっていることになり、この点の把握の仕方によって、正当防衛や緊急救助の成否が左右されることになる。すなわち、正当防衛・緊急救助は、緊急のゆえに許され、不正の侵害に対することによって自明の正当根拠を与えられている。侵害の急迫・不正は、正当防衛・緊急救助の成立を論ずるための、まずは基本的な前提なのである。<sup>(27)</sup>そこで、次節では、「急迫性」(現在性)に関するわが国の学説・判例を一瞥してみることによろう。

(13) Vgl. Roxin, Strafrecht A.T.3 Aufl., 1997, §16.73, S.644-645. 津田・前掲注(6)二五八頁、大杉・前掲注(12)二〇七

頁、大嶋・前掲注(12) 九八頁。

- (14) 最決昭和五二年七月二一日刑集三二巻四号七四七頁。事案は以下のようなものであった。「昭和四十六年二月一八日午後福岡市の県教育会館三階大ホールにおいて、沖縄返還協定批准反対ならびに革マル派糾弾を目的とする政治集会を開催しようとして準備していた中核派に属する被告人Aらが革マル派の襲撃を受け、これを木刀、鉄パイプなどで撃退したが、革マル派の者らが態勢を整えて再び襲撃してくることは必至と考え、三階大ホールの二つの入口に長椅子や長机でバリケードを築いていたところ、早くも革マル派の再度の襲撃を受け、バリケードの隙間から鉄パイプや工事用の鉄棒を突き出したり、投げ込んだりするので、被告人Aらもバリケード越しに鉄パイプを投げたり、投げ込まれた工事用の鉄棒で突き返すなどして応戦していたが、電話通報によって駆け付けた警察官によって逮捕された」というものであった。これに対して、第一審福岡地裁は「…たとえ革マル派の来襲を予期して準備していたとしても侵害の急迫性は失われない」とし正当防衛を認めたが、第二審の福岡高裁は「…被告人らの革マル派の者らに対する積極的攻撃・闘争・加害の意図は明白で、特に革マル派の第二の攻撃を被告人らが当然に予想していた以上、侵害の急迫性は失われる」と判示し、第一審判決を破棄差戻した。これに対して、最高裁は、結局において「急迫性」を否定したもの、「侵害が過去や将来のものではなく、あくまでも侵害が時間的に切迫していて、官憲の救助を待つ暇のないこと、あるいは、侵害の開始に直接的に前置された侵害の準備段階の行為の開始があれば、侵害の急迫性を認定しうるものとしていたものと解される」(大嶋一泰『刑法総論講義案・第二分冊・全訂新版』(二〇〇〇年)一七五頁)という批評がある。至言である。
- (15) 同種の問題として、津田重憲「緊急避難の類似状況」に関する一考察『法律論叢第七巻第四号(二〇〇三年)一頁以下参照。
- (16) これは、リンクナーによって掲げられた設例である。Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., 1997, Rn. 16. zu § 32. ders. 26. Aufl., 2001, S. 608.
- (17) Vgl. Roxin, Die notstandähnliche Lage ein Straftatensauschlussgrund ?, in: Oehler-Festschrift. 1985, S. 189ff.
- (18) ドイツの刑法教科書においては、この「予防的正当防衛」あるは「正当防衛の類似状況」に関する文言は、比較的多く登載されているが、わが国では、一部の研究書以外に披見することができない。例えば、斉藤(誠)・前掲注(5)一二七四頁以下。
- (19) この点については、津田・前掲注(6)一二五六頁以下。なお、Vgl. Hartmut Suppert, Studien zur Notwehr und



„notwehrähnlichen Lage“. 1973. S. 84ff.

- (20) この場合、「緊急避難」(Notstand)においても、「現在の危難」という緊急避難の成立するための第一番目の要件の把握如何んによって、「緊急避難」と「緊急避難の類似状況」との分水嶺になるのである。この点につき、津田・前掲注(15)二七頁以下を参照されたい。

- (21) 津田・前掲注(6)二六〇頁。

- (22) 津田・前掲注(6)二六一頁。

- (23) 齊藤(誠)・前掲注(5)二六四頁。すなわち、齊藤(誠)博士によれば、「緊急救助に類似した状況」と「予防的緊急救助」とは、同じ概念として捉えていることが看取される。

- (24) これは、ホルンの指摘に依る。Vgl. Born. Die Rechtfertigung der Abwehr verletzlicher. Eine Strafrechtsdogmatische Untersuchung 1984, S. 183ff. 234ff.

- (25) この意味において、「予防的緊急救助」は、広義の概念として、「緊急救助の類似状況」の中に包含されるものの、「予防的緊急救助」は、あくまでも未だ急迫(現在)・不正の侵害が存在していないのに緊急救助行為に出ることをいい、「緊急救助の類似状況」は、それをも含んで、過剰緊急救助、誤想緊急救助などの他の緊急救助に類似した法現象をも含むものであり、両者はその形態が異なるのである。

- (26) これは、正当防衛における予期された侵害と「急迫性」の問題として捉えられるが、「緊急救助」の場合でも同様の考え方に立つべきものである。すなわち、「侵害が予期されたとしても、侵害行為が現実化した時点において侵害の現存性・切迫性が客観的に認められるときには、正当防衛の要件としての侵害の急迫性があると解すべきである」(莊子邦雄・ジュリスト五三五号一—三頁)。このことは、緊急救助の場合も同断である。なお、藤木英雄「正当防衛」団藤重光編『注釈刑法(2)の1』(一九六九年)二二六頁参照。

- (27) 小暮得雄「急迫不正の侵害」刑法判例百選(新版)(一九七〇年)三六頁

### 三 「急迫性」(現在性)の要件

#### (一) 学説

「正当防衛」や「緊急救助」が成立するためには、まず第一に「急迫性」という時間的要素が存在しなければならぬ。このため、「予防的緊急救助」においては、この「急迫性」という要件が充足されれば、それは、もはや「予防的緊急救助」ではなくて、「緊急救助」そのものとして把握されることになる。<sup>(28)</sup>

そこで、学説は、この「急迫性」をどのように理解しているかを一瞥してみる。

一 旧刑法(明治一三年)の下で、「正当防衛」(緊急救助)の規定は、第三一四条に設けられていたが、宮城浩蔵博士は、この規定そのものが殺傷罪のみに設けられていることを批判し、「一般の犯罪に関係するが故に之を総則に規定するを至当とす」<sup>(30)</sup>としたうえで、「急迫性」に関しては、正当防衛(緊急救助)として不論罪になるための条件として、「攻撃の現在にして他に避くるの手段なきを要す」<sup>(31)</sup>とする。「正当防衛」(緊急救助)に「補充性の原則」を要求していることは、現在の正当防衛の解釈とは若干異なる理解の下にあるものの、「此場合に危害切迫、殺傷を行ひ一方の活路を求むるに非ざれば自己の生命身体を保全するの途なき時は其殺傷は実に已むべからざる行為なり」<sup>(32)</sup>とし、「急迫性」とは危害切迫性を意味する、としている。また、江木衷博士は、「正当防衛ハ目前ノ不正ナル攻撃ニ対スル所為ナリ」としたうえで、「正当防衛権ハ權利カ現ニ侵害サレツアル間ニ於テ之ヲ行フコトヲ要ストノ意ナリ權利カ現ニ侵害セラレツアル間トハ侵害即チ暴行ノ未タ開始セサル以前ニモアラス又侵害即チ暴行ノ既ニアリタル以後ニモアラ

サルコトヲ謂フ侵害カ未タ始マラサル以上ハ殺傷ハ已ムヲ得サルナリ權利已ニ侵害サレアレハ既ニ防衛云ヘキ權利ナキナリ<sup>(33)</sup>とする。すなわち、江木博士のいう「急迫性」とは、「權利カ現ニ侵害サレツツアル間ニ於テ之ヲ行フコトヲ要ストノ意ナリ」とするため、法益侵害が「目前ノ」かつ「現ニ侵害サレツツ」あるという切迫性と継続性がその要件であることになる。

ところで、フランス刑法典を模したわが旧刑法下にあつて、リストやフーゴ・マイヤー、ケストリン、ミッテルマイヤーなどの当時のドイツ刑法学説を十二分に斟酌して刑法論を展開した松原一雄は、「正当防衛」（緊急救助）の成立要件の一つとして、「侵害ハ急迫（現在）ナルコトヲ要ス。正当防衛ノ理由タルヘキ侵害ハ時ノ關係ニ於テ現在直接ナルヲ要ス故ニ急迫ト云フ」、「現在ノ侵害トハ現実ノ侵害ト云フト異ル防衛者ハ現実ニ侵害ヲ加ヘラルルヲ待チテ防衛ニ出ツルノ要ナシ即攻撃（侵害）ノ初マルヲ待ツノ要ナシ其侵害ノ危機一髪ナルトキハ現在急迫ノ侵害ト云フヘシ<sup>(34)</sup>」とし、さらに、「過去ノ侵害ニ対シテハ正当防衛ナシ然レトモ一旦加ヘラレタル侵害モ猶ホ継続シテ増大セントスル勢アルトキハ急迫現在ノ侵害ト云フヘシ<sup>(35)</sup>」と論じる。松原の「急迫性」に関する理解は、現代刑法学における「急迫性」概念の把握と軌を一にしていることが窺えるものといえる。なお、当時のわが国の刑法学を代表する小崎伝博士によれば、「攻撃ハ直接ニ切迫シ又ハ現ニ開始セラレタルコトヲ要ス故ニ正当防衛ハ攻撃ノ開始ヲ待タスモ其直接切迫セル状況ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ヘキ状況ニ於テ之ヲ行フコトヲ得ルナリ」とするが、将来の侵害については、「直接ニ切迫シタル攻撃ニ対スルコトヲ要スルカ故ニ将来ニ於テ起ラントスル攻撃ニ対シテハ正当防衛権ナシ例ヘハ自己ヲ謀殺セントスル者アルコトヲ探知シ未タ彼レカ殺傷所為ニ着手セサル以前ニ於テ彼ヲ殺害スルトキハ正当防衛ト云フコトヲ得ス然レトモ假令其防衛ノ準備ハ攻撃以前ニ設ケラレタリト雖トモ其設備カ攻撃ノ行ハル、瞬間ニ於テ作用ヲ始メ且ツ其現実ノ作用ニシテ攻撃ニ対スル防衛上必要ノ程度ヲ越ヘサル以上ハ是亦正当防衛ト云コトヲ得ヘシ例ヘハ盜賊

ノ襲撃ニ備フル為メ予メ自發銃彈鉄器釣足器等ヲ設ケ置クカ如シ<sup>(37)</sup>とし、犯罪構成要件に該當する行為に着手したときは、予防的な正当防衛を認める立場をとる。

このように、旧刑法下における正当防衛・緊急救助の成立要件である「急迫性」概念の把握は、切迫した法益侵害行為が認められ、それは、実行行為の着手（陰謀・予備は当然含まれる）があれば、たとい予防的な防衛行為といえども、これを是認していたということになる。このことは当然、緊急救助にも要當することである。<sup>(38)</sup>

二では、現行刑法下における「急迫性」概念は、どのように理解されているのか、検討してみる。岡田朝太郎博士によれば、「急迫ノ侵害トハ權利ニ對シ目前ニ毀損又ハ危險ノ存在スルコトヲ謂フ（既ニ不法・逮捕ヲ受ケタル者ヲ救出シ又ハ將來ニ不法逮捕ヲ受ケントスル者ヲ防止スルノ類）故ニ過去及ヒ將來ノ侵害ニ對シテハ防衛權無シ<sup>(39)</sup>」とし、さらに、「近キ將來ノ実害ハ即チ目前ノ權利ニ對スル危害ト為ルモノニシテ危害目前ニ存在スル時ハ之ヲ防衛スルノ權利有ルコト勿論ナリ<sup>(40)</sup>」とするため、これらの要件を欠如するときは、やむを得ずにした行為ではないとする。次いで、岡田庄作博士は、「急迫トハ侵害ノ開始継続ハ勿論直接ニ開始セラレントスル危険状態ナリ。」とするが、将来の侵害を予期し、それが現実のものになることが予想されるときに、「急迫性」を認めることができるか否かということに関しては、「…防衛者ニ於テ侵害行為ノ來ルヘキ事ヲ知シ予期ノ如ク侵害行為ノ行ハレタル場合ニ於テハ該侵害ハ急迫ナル侵害ト稱スル事ヲ得ヘキハ疑問ナリ。或ハ此場合ニ於ケル防衛者ニ於テ該侵害ヲ避クル事ヲ得ル余地アルカ故ニ急迫ナリトイフヲ得サルカ如シト雖モ侵害ノ急迫ナルト否トハ侵害發生後ニ於テ評定スヘキ觀念ニシテ末タ侵害發生セサル以前ニ於テ論議スルニ由ナキ処ノモノナリ。殊ニ仮リニ逃避ノ余地アリトスルモ防衛者ニ於テ逃避セサルヘカラサル義務ヲ負担スルモノニアラサルヲ以テ手ヲ拱シテ侵害ヲ甘受セサルヘカラサルモノニアラス。故ニ苟モ到來シタル侵害其モノニシテ叙上急迫ノ条件ヲ具備スル以上ハ勿論之ヲ急迫ト稱スルノ外ナシ<sup>(41)</sup>」とする。岡田（庄）博士による

「急迫性」の把握は、予期された侵害に対しては、「急迫性」の点において疑問を呈するものの、あえて侵害を避けるべき義務を負っているわけではないため、逃避不可能な場合には、たとい予期された侵害といえども「急迫性」は存在するものであるとする。さらに、泉二博士は、「急迫ナル侵害トハ未来ノ侵害ニアラスシテ現在切迫セル侵害タルコトヲ意味ス換言スレハ侵害ハ直接ニ開始セラレントスル状態ニアルカ或ハ（既ニ開始セラレタルトキハ）現ニ継続セナルコトヲ要ス」とし、侵害が現在切迫していれば、現実に侵害が生じていなくても「急迫性」が存在するものであるとする。同様に、山岡博士は、「急迫性」について「侵害ノ目前ナルカ若クハ既ニ着手セラレタルヲ必要トス」とし、侵害行為が目前であるかまたは実行の着手が認められるならば「急迫」と称することができるとする。

三 一方、戦前と戦後における「急迫性」概念に関する学説はどうか。久禮田博士によれば、「急迫とは、現在切迫していることを意味する。即ち、侵害は直接に開始せられやうとする状態に在るか又は既に継続中であることを要する。侵害が何時まで継続するかは各場合の具体的事実に徴して之を判断する外はない」とし、小野博士も、「急迫」とは法益侵害の目前に迫ったことを謂う<sup>(45)</sup>とするため、目前に迫っている法益侵害行為は急迫性の要件を具備する考え方となる。安平博士は、それをやや具体的に示し、「法益侵害の時間的に、場所的に差し迫った状態を意味し、将来的のそれを含まない<sup>(46)</sup>」とする。そして、瀧川博士は、「急迫とは緊急避難における『現在』と同じ意味であつて、すぎ去つた侵害に対しては復讐あるのみであり、また将来の侵害に対する予防も許されぬが、この場合、攻撃の現在性すなわち攻撃の脅威の現在性が問題なのであつて侵害の現在性は要求されぬ<sup>(47)</sup>」とする。同旨として、木村博士は、「急迫な侵害とは侵害が現在のものであることを意味する。従つて、過去の侵害又は単に将来予見せられるにとどまる侵害に対しては正当防衛はあり得ない。侵害が現在であるとは、防衛行為の時との関係において、侵害の危険が差し迫っている場合、現に侵害が行われている場合、及び、なお継続している場合を意味し、被害の現在性とは関係がなく、又、侵

害行為が犯罪として既遂となつたか否かには關係がない<sup>(48)</sup>とする。ここで注目されることは、「急迫性」というのは、侵害の現在性ではなくて、攻撃の脅威の現在性が重要であり、これを充足すれば「急迫性」の要件が具備されるということである。この点に關連して、莊子博士は、「侵害が予期されたとしても、侵害行為が現実化した時点において侵害の現在性、切迫性が客觀的に認められるときには、正当防衛の要件としての侵害の急迫性があると解すべきである<sup>(49)</sup>」とし、藤木博士は端的に、「侵害が予期されるからといって、当然に逃避する義務は存しないから、その侵害が現実化し侵害行為の着手またはそれと接した予備的行為の段階に達したときには、侵害の急迫性がある<sup>(50)</sup>」としている。

四　そこで、現在の學説は、「急迫性」という概念をどのように把握しているのであるうか。まず、大塚博士によれば、「侵害行為が犯罪を構成する場合には、必ずしもその実行の着手にいたつたことまでは必要ない。実行の着手に接した直前の状態に達すれば、急迫性があるといつてよい<sup>(51)</sup>」とし、急迫性の判断は、やや早い時点で認められる。その例として、さらに大塚博士は「たとえば、殺意をもつて短刀の鞘を払うとか、ピストルを懷中から取り出す行為があれば、これを振りかざすとか突きつけるとかの行為がなくても、急迫性を肯定しうるのである<sup>(52)</sup>」とする。また、大谷教授は、「…行為者が侵害を当然またはほとんど確実なものとして予期している場合ばかりでなく、進んでその機会を利用し積極的に相手に対して加害する意思で臨んだとしても、防衛行為の段階で相手方の法益侵害が切迫している以上は、少なくとも急迫性の要件は満たしている<sup>(53)</sup>」という。さらに、「急迫性」概念について比較的詳細に論じる川端教授は、「急迫性の要件は、正当防衛の客觀的要件であるが、客觀的要件であるということ自体ではなくて、その内容が重視されなければならない。…それは「法益侵害の危険性」、つまり、現実的には法益侵害の蓋然性ないし可能性が存在することを意味することになる。そして、法益侵害の可能性は、たんに侵害行為の側の客觀的事情だけでなく、被害者の対応關係によつても重大な影響をうけるのである<sup>(54)</sup>」とし、法益侵害の蓋然性ないし可能性が存在すれば、「急迫

性」の存在を認める立場にある。

以上のことを総合的に考察すれば、「急迫性」概念に関する学説の捉え方は、以下のように結論づけることができる。すなわち、大嶋教授が正当にも指摘するように、「急迫性は正当防衛状況を構成する要素の中でも、緊急行為としての行為特性を決定する最も重要な最初の要件であるからこそ、その認定に際しては防衛者側の侵害の予期とか、侵害の回避可能性とか、防衛意思とか防衛準備の程度などの客観的事情は一応これを除外して、専ら攻撃側の時間的關係という客観的な要素だけで判定し、不正に侵害を受けた者の正当防衛の可能性を不当に制限することのないようにしなければならない<sup>(55)</sup>」といえる。ここから、「侵害が確実に予期されたり、十分な防衛準備を整えていたとしても、必ずしも予期された侵害を回避すべき義務が課せられている訳ではないし、侵害の急迫性が失われ、防衛の必要性がなくなる訳ではない<sup>(56)</sup>」ということになる。このことは、他人のための正当防衛（緊急救助）にも当然、妥当するものである。そこで、次節では、判例に現われた「急迫性」に関する事例を若干取り挙げてみることにする。

(28) 「侵害が急迫であるかどうかの判断は、正当防衛の前提要件である正当防衛状況の存否を確定するものであるから、防衛行為側の要件、とくに行為者の主観的事情から切り離して、客観的状況から事実的・物理的になされなければならない」（曾根成彦『刑法総論・新版補訂版』（一九九六年）一二二頁）のである。

(29) 因みに、旧刑法三二四条の規定は次のようになっていたが「急迫」という文言は挿入されてはいなかった。

〔旧刑法〕第三二四条「身体生命ヲ正当ニ防衛シ已ムコトヲ得サルニ出テ暴行人ヲ殺傷シタル者ハ自己ノ為メニシ他人ノ為メニスルヲ分タス其罪ヲ論セス但不正ノ所為ニ因リ自ラ暴行ヲ招キタル者ハ此限ニ在ラス」

(30) 宮城浩蔵『刑法正義下巻』明治大学創立百周年記念学術叢書第四卷（一九八四年）六五四頁。

(31) 宮城・前掲注（30）六六三頁。

(32) 宮城・前掲注（30）六六一頁。

- (33) 江木衷『現行刑法通論』(一八九四年) 一八八—一八九頁。
- (34) 松原一雄『新刑法論』(一九〇四年) 一一二—一一三頁。
- (35) 松原・前掲注(34) 一一二頁。因みに、松原一雄も旧刑法における第三二四、三一五、三一六条の殺傷に関する特別の不論罪の規定は明らかに失当であり、「正当防衛ノ手段ハ単ニ殺傷ニ限ルヘキモノニアラス」(松原・前掲注(34) 一一一頁)としている。
- (36) 小疇伝『日本刑法論総則』(一九〇四年) 一一〇頁。
- (37) 小疇・前掲注(36) 一一一頁。
- (38) すなわち、旧刑法においても、「自己又ハ他人」という条文の規定から(第三二四条)、「他人のための正当防衛」(緊急救助)を明確に是認していた。
- (39) 岡田朝太郎『刑法論第五版』(一九三三年) 一三四—一三五頁、同『刑法総則講義案』(一九一五年) 一二七頁。
- (40) 岡田(朝)・前掲注(39)『刑法論』一三五頁。
- (41) 岡田庄作『刑法原論総論第二〇版』(一九二七年) 二六四—二六五頁。因みに、岡田(庄)博士によれば、「侵害行為終了後ト雖モ更ニ侵害ヲ為ス恐アル時其後ニ於ケル侵害ニ対シテハ之ヲ過去ト称スルヲ得ス」(同・前掲注(40) 二六三頁)とする。
- (42) 泉二新熊『日本刑法論・全・第一版』(一九二九年) 三六九頁。
- (43) 山岡萬之助『刑法原理全・訂正増補第一五版』(一九二六年) 一九六頁。なお、山岡博士は、この当時には珍しく、「他人のための正当防衛のことを明確に「緊急救助」と称す」(山岡・前掲書一九七頁)という文言を用いている。
- (44) 久禮田益喜『刑法学概説改訂版』(一九四二年) 二二二頁。
- (45) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(一九四八年) 二二三頁。同旨として、瀧川幸辰『宮内裕』瀧川春雄『刑法(コンメンタール)』(一九五〇年) 六三頁。
- (46) 安平政吉『改正刑法総論』(一九五一年) 二二二頁、同『刑法総論』(一九六七年) 一三四頁。曰く、「尤も将来に発生すべき侵害に対しても、事情の如何んによつては、これを予想しての或る程度の防衛を是認する必要がある」(同・一三四頁)とする。
- (47) 瀧川幸辰『宮内裕』瀧川春雄『刑法理論学総論』(一九五〇年) 一五三頁。
- (48) 木村亀二『阿部純二増補』『刑法総論』(一九八一年) 二五八頁。
- (49) 莊子邦雄『正当防衛における急迫性と防衛意思』司法研修所論集第六二号(一九六九年) 五二頁、同『正当防衛』『総合判例研究叢書・刑法(1)』(一九七〇年) 一三六頁、同『刑法総論新版』(一九八一年) 三〇〇頁。



- (50) 藤木英雄「正当防衛」団藤重光編『注釈刑法(2)の1』(一九七四年)二二五—二二六頁。
- (51) 大塚仁『注解刑法増補第二版』(一九七七年)二二〇頁。
- (52) 大塚・前掲注(51)二一〇頁。
- (53) 大谷實『新版刑法講義総論』(二〇〇三年)二九六頁。
- (54) 川端博『刑法総論講義』(二〇〇一年)三三〇頁、因みに、川端教授は、「人的不法論の立場においても、侵害の単なる予期は侵害の『急迫性』を失わせるものではない」(同・前掲書三三〇頁)とする。
- (55) 大嶋一泰『刑法総論講義案(第二分冊)(全訂新版)』(二〇〇〇年)一七五頁。ただ、大嶋教授は、「予防防衛 すなわち、人間に由来する危険が現実化するのを予防する行為は、その危険が未だ将来に属し、実際に法益侵害の発生に至るかは不確定であったとしても、経験則上危険が切迫していることが予測され、しかもこの危険を回避すべき適切な方法が他に見当たらない場合には、私人による予防防衛が緊急避難として認められ、その行為が比例性の枠内に留まる限り、行為の正当化も肯定される」(大嶋・前掲注(12)一一二頁)とする。しかし、この考え方には疑問がある。私見によれば、この場合には、緊急避難ではなく、純然たる正当防衛(緊急救助)として正当化されると考えているが、この点については後述する。
- (56) 大嶋・前掲注(55)『講義案』一七五頁。

## (二) 判例

ここでは、わが国の判例に現われた「急迫性」に関する事例を若干取り挙げてみることによって、「予防的緊急救助」の概念を明らかにする作業を進めてみよう。なお、ここで取り挙げた判例は、予期された侵害だけではなく、「急迫性」一般に関するものをも含まれる。<sup>(57)</sup>

## ①大判大正一四年六月二七日法律新聞第二四二三号五頁

本件は、以下のようなものであった。「被告人と被害者Rは共に石灰仲仕を業とするもので互いに知り合いであったところ、数日前から稼業上のことから不和を生じていたところ、偶然にもY公園で邂逅したことから口論格闘となったが、仲裁人Sの仲立ちで一時その場は鎮まり各自帰宅した。しかし、被害者Rはその仲裁に不満を抱いており、被告人はRの性行を熟知していたため、Rが再び押し寄せてくることを憂慮し、護身用として匕首一本を買い求め、万一に備えていたところ、夜一〇時頃にRが被告人宅に来訪し、外出を強要したため、被告人は匕首を懷中に入れ防衛の準備をなして相共に外出したが、途中でRが、被告人にウドン屋で飲酒しようと強要し、これを被告人が峻拒して帰途につこうとしたところ、Rは追いつがって隠し持っていた出刃包丁を揮って被告人の背後から突如その左側背下部を突き刺したため、被告人が驚いて振向いた。そのとき、再度Rが被告人の下顎部に切り付けたうえなおも切り付けようとし攻撃は急であつた。このため、被告人は、自己の生命身体を防衛するため、やむを得ず殺意をもって、準備していた匕首を抜き放ち、Rの左胸部その他数ヶ所に切り付けて、Rを即死させた」というものであった。これに對して、長崎控訴院は、「急迫性」を認めず有罪の判決を下したものの、大審院は、原判決を破棄し、正当防衛の成立を認めて無罪を言い渡した。曰く。「…然り而して凡そ人は法益に對する未来の侵害に付予め防衛行為を行ふは違法たるを免れずと雖其の未来の侵害を慮り防衛の準備を為すことは固より正当にして毫も非議すべきものに非ず本件被告人がRの性行並仲裁當時の心情を察し其の将来に於て喧嘩の為押寄せ来るべきを憂慮し護身用に匕首を買い求め自宅に持帰り簞笥の抽出内に藏置したるは正に是れ自己の生命身体に對する未来の侵害を慮り防衛の準備を為したるものに外ならずして其の行為自体何等違法性を帯ぶるものに非ざるが故に本件被告人が匕首を買求めて之を藏置した事実を目して直に喧嘩の準備又は殺人の予備を為したものと解するは正当ならざり」としたうえで、「…本件は被告人がR

と共に外出の途中判示の場所に於て飯食を強要せられたるより之を峻拒し自宅に引返す際 R が突如背後より被告人の左側背下部を出刃包丁にて突刺し其の驚きて振向くや再度下顎部に切付けたる場合なれば其の侵害が急迫不正のものたること勿論にして被告人が準備せる匕首を抜き放ちて之に応じたるは自己の生命身体の防衛上已むを得ざるに出でたるものと請はざるを得ず<sup>(58)</sup>とした。要するに、判示は、たとい凶器などを準備していたとしても、あるいは侵害が予期されていたとしても「急迫性」は存在していたということになる。このことは、「被告人が飲酒の強要を峻拒して帰路についた時以降においては、被告人は最早相手方が襲撃してくるであろうことの予想を持っていたとは認められない事案である<sup>(59)</sup>」とする指摘もあるが、予期された侵害でさえも「急迫性」が認められるのに、いままさに襲いかかろうとすることに關しては、明確な「急迫性」が認められるのは、けだし当然のことである。もつとも、この判例における事案は、「予防的正当防衛」の場合であり、「予防的緊急救助」の例ではないものの、「急迫性」に關するものとしては、一つの指針を提示しているものといえる<sup>(60)</sup>。

## ②最判昭和二十四年八月一八日刑集三卷九号一四六五頁

本件は、いわゆる「二・一ゼネスト事件」と称されるものである。ここでは、上告理由と判決において、国家的公共的法益侵害における「急迫性」と個人的法益侵害における「急迫性」との差異を予想しつつ展開されていることを評価する向きがあるものの、同判決に対して、学説は「奇妙にも、(急迫性について)殆んど触れる所がない」という批判も出されている<sup>(61)</sup>。ただ、私見によれば、本件は、いわゆる「他人のための正当防衛」(緊急救助)に關する典型例であり、しかも、未来(将来)の侵害を慮つてなされた、いわゆる「予防的緊急救助」の模範的な事例であるといえるものである<sup>(62)</sup>。

本件の事案は、以下のようなものであった。すなわち、「昭和二十一年一月一八日、全官公共闘争委員会が同年二月一日を期して、官公庁職員各労働組合総罷業を執行すべき旨の、いわゆる二・一ゼネ・スト突入宣言を発表し、翌一九日朝の東京都下各新聞がその報道をなすや、被告人外一名は罷業の中止を勧告するため産別会議議長Tを訪れたが不在のため面会を得ず、さらに翌一月二〇日にTを訪れ押問答の末に、両人が予め携えていった肉切包丁や刺身包丁を揮つてTに障害を加えた」というものであった。これについて検察官は、被告人ら二名を傷害罪で起訴したが、公判において弁護人は、「本件行為は、二・一ゼネ・ストそのものは労働組合の正当な争議権の範囲を逸脱した不法な行動であり、社会の秩序安寧を紊乱し、国民の生活権を侵害するものであるから、被告人等の行為はこの急迫不正の侵害から国民の生活権を防衛するため已むを得ずになした行為として違法阻却されるものであり、然らずとするも緊急避難に該当する」と主張した。これに対して最高裁は、その結論としては、被告人らの行為は、国家正当防衛、国家緊急避難（私見によれば、予防的国家緊急救助）や「予防的国家緊急避難」と称する）の成立を否定したものの、「急迫性」の認定についてはかなり詳しく論じたうえで、それを是認している。曰く。「ゼネスト突入宣言が各新聞に発表せられた当時はゼネストへの動きは唯、驚進の一路にあって、通常的手段では到底これを阻止することができない情勢にあり、既に侵害若くは危難は所謂急迫若くは現在の状態に達していたというべきである」とし、原判決が「国民の自由又は生活に対する現実の侵害は未だなかったものというべきである」と述べたことに對して、「…これは鉄拳が頭上に一撃を加え現実にはその苦痛を受けた後でなければ正当防衛はありえないというのと同断であつて、鉄拳が真正に振り下されつつある時に正当防衛が成立しうることを忘れた判断である。…ゼネストの特異性を考慮すれば、一月二十日の犯行当時は正に所謂、急迫若くは現在の状態にあつたのであつて、原判決はゼネストの特異性を考慮しない誤った判断である。」とする。そして、さらに、「…急迫な侵害又は現在の危難は…被害の現在性を意味するもので

はないから、原判決が現実の侵害がないという理由をもって急迫な侵害又は現在の危難がないとした判断の誤っていることは、論旨の正確に指摘するところである」とした。本判決について、莊子博士は、「本判決・上告理由が、国家的公共的法益侵害における『急迫』性につき詳細に論議した意義は、大である」と評したうえで、「およそ『急迫』性は、法益侵害行為と切り離して考え得られる性質のものではない<sup>(63)</sup>」とする。まさに、至言である。いずれにしても、本件は、国家緊急救助の成否について、真正面から論じたものであり、たとい予期された侵害であったとしても、具体的状況によつては、その「急迫性」を認めることを明確に示した点において評価しうるものであろう<sup>(64)</sup>。

### ③ 最判昭和四六年一月一六日刑集二五巻八号九六頁

本件の事案は以下のようなものであった。「被告人は、S県F市所在の安宿『F旅館』ことW方に宿泊してバチンコで稼ぎ生計を立てていたものであるが、昭和四四年九月二〇日夕刻同宿人のG（当時三一歳）から、同旅館を営むWの家族部屋でテレビを見ていたことを詰られたり、扇風機を持つてくるように言いつけられたりなどしたことで、右Gと言ひ争いとなり、以前同人から足蹴にされたことなどもあつて同人に対し畏怖の念を抱いていたため、一旦同旅館を出て行こうと考えたものの、同日午後一〇時一〇分ころ、一度同人にあやまってみようという気を起し、同人の姿を見かけて同旅館帳場に入ったところ、立ち上つた同人からいきなり手拳で二回くらい強く殴打され、同人が立ち向つてきたので、後退りして同帳場南隣りの八畳間に入り、同人から押されて背中を同八畳間西側の障子にぶつけた際、かねて同障子の鴨居の上にくり小刀を隠してあつたことを思い出して、とっさに右くり刀を取り出し、同人の理由のない暴行に憤慨して同人を死に至らしめるかも知れないがやむをえないとして、自己の身体を防衛するためその必要な程度を超え、同くり小刀を右手に持つて、右八畳間において、殴りかかつてきた同人の左胸部を突き刺し、よつ

て同人に心臓右心室大動脈貫通の刺創を負わせ、同日午後一〇時二五分ころ、その場で右刺創に基づく心囊<sup>2</sup>タンポナーゼのため同人を死亡させて殺害した」ものである。これに對して、第一審の静岡地裁沼津支部は、過剰防衛による殺人の事実を認定し、被告人に懲役三年（執行猶予五年）の刑を言い渡した。しかし、控訴を受けた東京高裁は、本件事実につき、急迫性を否定し、防衛の意思も欠如し、またやむを得なかったことも考慮したうえで、一審判決を破棄自判し、被告人を懲役五年に処した。そこで上告がなされたが、最高裁は、急迫性を認め、防衛意思の存在も是認したうえで、控訴審に破棄差戻しの判決を下したものである。<sup>(65)</sup> ここにおいて最高裁は、「急迫性」について次のように判示した。曰く。「…刑法三六条にいう『急迫』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味し、その侵害が予め予期されていたものであるとしても、そのことから直ちに急迫性を失うものではない」と。この点について、「侵害が十分に予期されたものである場合には急迫性を失うと解すると、侵害が現実化した段階においてもそれに対する反撃行為について、およそ正当防衛の成立する余地がなくなるから、不合理な結論になる場合がある」<sup>(66)</sup> ことになり、結局において、「侵害が予期されたとしても、侵害行為が現実化した時点において侵害の現在性、切迫性が客観的に認められるときには、正当防衛の要件としての侵害の急迫性があると解すべき」<sup>(67)</sup> ことになり、判例はその点を改めて確認したものといえよう。

④福岡地判昭和四十六年三月二四日判例タイムズ二六四号四〇一頁<sup>(68)</sup>

本件は、「被告人とNが神社の境内で向き合っていた際、Nが喧嘩腰でいきなり『貴様横着だぞ、なめとりやせんか』と怒鳴りながら前屈みになって右手を左腰のあたりにやり、何か喧嘩道具でも取り出するかのような素振りをみせたので被告人は、Nが石段を上る途中で棒切れでも拾ってきたのであろうと位に考え、まさか同人が出刃包丁を携帯し

ているとは予想もせず、『何や貴様、喧嘩なら素手で来い』と怒鳴るように言い返した瞬間、その場で、Nはかねて隠し持っていた刃体の長さ一三・五センチメートルの出刃包丁をいきなり被告人の右大腿部内側に長さ五センチメートル、幅二センチメートル、深さ一〇センチメートルに達し、血管並びに筋損傷を伴う刺創を負わせた。被告人は、Nから刺されたとき一瞬痛みを覚えるとともに脚がぐくつくと感じたが、全く突然のこととて夢中で右大腿部内側に刺さっている出刃包丁を抜き取ったところ、そこへなおもNが手に石のような物を持って被告人の正面から殴りかかってきたので、とつさに無我夢中で、抜き取って手にしたばかりの右出刃包丁をもってNの正面から同人の左胸部、右胸部および左頬部を各一回突き刺し、よって同人を右胸部より心臓内への刃器刺入等による外傷性失血によりその場で死亡させた」というものであった。これに對して、福岡地裁は、被告人の所為につき、Nの攻撃の経緯、なかならず右攻撃は被告人の全く予測し得ないところで、とつさにこれを回避する等の時間的余裕や方法が全然なかったこと、Nが攻撃に用いた凶器は鋭利な出刃包丁であったこと、被告人の受けた傷害は一時生命が危ぶまれるほどの重傷であったことなどを斟酌して、これは生命に對する高度の急迫不正の侵害にあたる」と解した。そして、一連のNの攻撃態勢からみて、被告人の生命に對する侵害が継続していたものと判断し、正当防衛の成立を認めたものである。なお、本件における「急迫性」に関する判示は、「Nの攻撃は、被告人の生命に對する高度にして極めて切迫した危険性を有するもので、」と述べており、「危険の高度性」と「切迫性」を強調している点に、この判示の特異性が窺われる。<sup>(69)</sup>

⑤和歌山地判昭和五〇年四月二二日刑裁月報七卷四号五六四頁

本件は、暴力団の組員同士のいさかいが原因となったもので、「被告人三名は、昭和四八年八月一日午後三時こ

ろ、和歌山県下の国道二四号北側路側土手でK組員Nほか数名が日本刀でT組員Yらに切り付けようとしたことから報復を企て、共謀のうえ右Nほか数名に対しそれぞれ所携の脇差二本の抜身と改造回転式拳銃一丁の凶器を示すとともに数人共向して、同人らの生命身体に危害を加えるべき脅威を示して脅迫した。さらに、さまざまな経緯があった後、その中のJは、Yの背後からいきなり両手で日本刀を振り降ろし、Yの臀部を三〇センチほど切り、同人に対して約二カ月間の入院加療を要する左臀部大腿部切創、左大腿骨大転子剝離の傷害を負わせた」というものである。

この事案に対して、和歌山地裁は、いわゆる正当防衛の要件の中の「急迫性」について、「…被告人らの本件脅迫の時点で、Yに対する生命自体の危険は緊迫しており、…Nらの攻撃が被告人らおよびYにとって急迫不正の侵害であると認めるのが相当である」と判示し、「急迫性」の存在を是認した。<sup>(70)</sup>

#### ⑥大阪高判平成二年六月五日判例タイムズ七六七号二六二頁

本件の概要は以下のようなものであった。「左官業を営んでいた被告人Xが、知人Aの義弟Cを左官業見習いとして雇用していたものの、Cの稼働意欲のなさを理由に解雇したところ、AおよびB（暴力団組員でAの輩下）から執拗な脅迫を受け、『殺す！』などの恫喝を受けていた。このため、Xは、憤激と恐怖の余り逆上し、とっさにAを殺害することを決意し、店外に出て自車内に置いてあった出刃包丁を取り出し、Aの頭部を力一杯突き刺し、Aと揉み合う間にさらに頭部等を数回突き刺した。異変に気付いて店内に入ってきたBがXを制止しようとしたところ、XはとっさにBをも殺害しようとして決意し、Bの携帯していた包丁を奪い取り、Bの頭部、胸部等を数回突き刺し、よって、A、Bはいずれも失血死した」というものであった。これに対して、第一審神戸地裁および控訴審である大阪高裁は、いずれも「Xに対する急迫不正の侵害はなかった」旨を認め、正当防衛、過剰防衛（誤想過剰防衛）の成立を否定し、



被告人を懲役一〇年に処し、その刑は確定したものである。大阪高裁による「急迫性」を否定する理由として、「…被告人がAの殺害を決意し席を立てて包丁を取りに出る際、同人は被告人を追うこともなく『どこへ行くんや』といふかっていたに過ぎず、これに対し被告人は『ちょっと待っていて』と言い置き、床を蹴るようにしていれば脱兎の勢いのごとく店を出て行っていることに加え、被告人が店を出て戻ってくるまでの間、Aはソファーに腕を組んで落ち着いてじっと座っていただけであることなどの状況からみても、被告人が店内に監禁された状態にあったとはいえないのはもちろん、被告人の生命身体に対する侵害の急迫性が存在したとも認められず…」と判断し、Bに対して、「…(Bは 被告人に迫いするなどの積極的な加害行為に出たわけではなく、逆に被告人の方がBに駆け寄って以後の突行為に及んでいることが明らかであるから、侵害の急迫性を認めることができず」としている。いずれも、被害者A・Bに対する「急迫性」を否定したものであるが、本件では、被告人の置かれた緊迫した状況をやや捨象した点が窺われ、事実誤認の疑いはあるものの、「急迫性」の判断については、一つの参考資料としての意義はあろう。(71)

⑦ 大阪高判平成七年三月三十一日判例タイムズ八八七号二五九頁<sup>(72)</sup>

本件は、一審の神戸地裁で「正当防衛」と「過剰防衛」の成立を否定したものを、一転して大阪高裁は「過剰防衛」の成立を是認した「傷害・傷害致死被告事件」である。しかも、本件は、「集団での喧嘩の場合に、仲間に対する暴行を阻止するためにその暴行現場に向かう途中で、行く手を遮るように現われ、向かってくるような態度を示した相手方らに対し、割れたビール瓶で攻撃して、傷害致死、傷害を負わせた行為について、過剰防衛の成立が認められた事例」として、極めて特異なケースである。ここでは、緊急救助と正当防衛・過剰防衛の成否が問題となったものである。

本件の事実、以下のようなものであった。「被告人が中学の同級生又は後輩ら四名(A・B・C・D)と共に飲酒

した後、深夜の盛り場で相手方六名（アーカ）のグループと行き会った際、酔余、被告人が相手方に『こらガキ。ええかつこしやがって。くそガキ』などと罵声を浴びせたことから、集団で喧嘩になったものである。相手方の暴行が被告人らの予期・予測を遙かに超える激しいものであり、被告人の仲間が一方的に殴られ、Aは駐車場付近に連れて行かれ袋叩きにあい、Bは失神し、Cは頭を抱えてしやがみこんだ。被告人は、自分の罵声の原因であることに気づき、相手方に殴られても無抵抗で謝り続け、それ以上の攻撃は受けなかった。そこへ、Cが頭から血を流しながら『このままだとAが殺されてしまふ』と言ってきた。そこで、被告人は、ビールの空瓶二本を割り、それを手にしてAのいると思われる駐車場へ向かった。その途中、Aがボクシングスタイルで身構えて近寄ろうとしたので、ビール瓶でAの顔面を負傷させ、それを見て近づいてきたイに対して、ビール瓶でその首を突き刺し失血死させた」という事案である。これに対して、第一審の神戸地裁は、「被告人は、ア、イに対し専ら憤激の情による攻撃意思に出たもので、防衛の意思及び行為がなかった」として、正当防衛・過剰防衛の成立を否定した。このため、被告人側の控訴がなされたが、大阪高裁は、原判決を破棄自判し、過剰防衛の成立を認めたが、「急迫性」の点については、次のように判断した。曰く、「急迫不正の侵害の点は、…Aは、引き返してきたウ、イ、エ、オ、カから、駐車場で殴る、蹴るなどの激しい暴行を受けたものであり、これは急迫不正の侵害に当たる。…本件の発端は、被告人が挑発的な罵声を発したことにあるが、その後の経緯、特に右のウら相手方の暴行がAや被告人らの予期・予測を遙かに超える激しいものであったことなどを考えると、Aに対する急迫不正の侵害があったと認めることができる。…」とした。

本件は、われわれがいう、いわゆる「予防的緊急救助」の典型例として捉えられるものであり、被告人は、Aが急迫・不正の侵害を被っていることに際して、それを救助するために防衛行為に出たことが看取されるものである。本件では、「急迫性」の存在を認め、結論的には、第一審の判断を覆して、過剰防衛の成立を認め、被告人を懲役二年六

月に処したものであるものの、その結論は、急迫性の認定では妥当な判断であつたものと考えられるが、「相当性」の捉え方では疑義が存する。<sup>(74)</sup>

以上、正当防衛・緊急救助における第一の要件である「急迫性」に関して、若干の判例を取り挙げてその意図するところを考察してきた。ここにおいて分明になつたことは、判例における「急迫性」の捉え方は、「侵害が現実存在しているか、または間近に押し迫っていることを意味」(最判昭和四十六年一月一六日刑集二五卷九六頁)し、この要件は、まさに事実的かつ客観的要素によつて決定され、侵害の現在性、切迫性というのは客観的な事実であつて、行為者に防衛の意思が存在するか否か、また、積極的加害の意図があろうがあるまいが、これに関係のない概念として理解されているのである。<sup>(75)</sup>そして、また、判例によれば、「侵害を予期していてもそれだけでは急迫性は失われるわけではない」(最決昭和五十二年七月二一日刑集三一巻四号七四七頁)ということである。とすれば、こうした「急迫性」概念の把握を前提にして、「他人のための正当防衛」すなわち、「緊急救助」においては、急迫・不正の侵害がまさになされようとしている場合、これに対して第三者が、この侵害を防ぐために防衛行為に出ることは、「急迫性」が存在していたという客観的な要素を決定しなければならないのであり、これをどのように捉えるかによつて、「予防的緊急救助」の成否が決定されるのである。<sup>(76)</sup>

(57) ここにいう「急迫性」という問題は、「過去の侵害と急迫性」、「未来の侵害と急迫性」、「積極加害意図と急迫性」などさまざまな形態が存在するが、ここでは「急迫性」の一般的なものとして「未来の侵害と急迫性」に絞つてみた。なお、判例における

「急迫性」に関する詳細なことについては、堀籠幸男『中山隆夫「正当防衛」大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編』大コンメンタール刑法第二版第二巻(一九九九年)三六八頁以下参照。

(58) 法律新聞一四二三号五頁(大正一四年七月一六日)によれば、この判決は、「敢然検事の主張を排し正当防衛の行為なり

とし原判決を破毀し直に無罪の判決を爲したるは近來稀に見る勇斷と云ふべし」と評している。

(59) 堀籠Ⅱ中山・前掲注(57) 三七三頁。

(60) 同旨の判例として、最判昭和三〇年一〇月二五日刑集九卷一十一号二二九九頁。

(61) 莊子・前掲注(49) 『研究叢書』一四〇頁。

(62) この「国家緊急救助」に關しては、津田重憲『緊急救助の研究』(一九九四年)一七二頁以下を参照されたい。

(63) 莊子・前掲注(61) 一四一頁。

(64) もっとも、原田教授によれば、この最判昭和二十四年八月一八日刑集三卷九号一四六五頁を批判的に考察する(原田保『刑法における超個人的法益の保護』(一九九一年)六〇頁)。

(65) なお、弁護人による上告趣意によれば、控訴審が「被告人が旅館を出て行つた前記経緯からすると、急迫性があつたとは、とうてい認められないのである」と判示したことに対して、「暗がりのなかで、殴られ、追いつめられ、しかも、眼をまともに殴打され、酒も入って動作がにぶく、フラフラしている被告人を考へる場合、被害者による法益の侵害が切迫していな」と考へることは到底できない(刑集二五卷八号一〇二二頁)と論じる。

(66) 大越義久「急迫不正の侵害」刑法判例百選Ⅰ(総論)(第二版)(一九八四年)七二頁。

(67) 莊子邦雄「正当防衛における急迫性と防衛意思の存否」ジュリスト五三五号(一九七二年)一一三頁。

(68) なお、本件は、「……これを招來するに至つたのはN自身の全く不法な攻撃によるものである事情をも考へあわせると、なお全体的に觀察すれば、正当防衛行為として許される相当性の範圍を逸脱しないものといふべきである」と判示しており、「自招侵害に対する正当防衛」の問題としても問擬しうる事案である(判例タイムズ二六四号四〇三頁)。

(69) この点は、学説の捉え方と軌を一にする。例えば、莊子・前掲注(49) 一二二頁を参照。

(70) すなわち、本件における「急迫性」について、判示は、「……すなわちYに対する法益侵害は、パチンコ店『一番』前から開始し、Yのひたすら無抵抗の逃避にもかかわらず執拗に続けられ、益々過激となり、遂にその臀部を背後から日本刀で切り付ける身体侵害に至り、そのまま放置するときにはその生命にも危険の迫るべき状態に陥つていたと認められる。……」とした(刑裁月報七卷四号五七三頁)。この場合、暴力団員である被告人らが相手方組員から予測や準備をはるかに超えた迅速かつ粗暴な勢いで攻撃されたものであるため、急迫性が認められたものである(堀籠Ⅱ中山・前掲注(57) 三七三頁)。

(71) なお、本件は、①AがXから恫喝を受けた時点と②Xが右手に包丁を構へAに駆け寄つた際の口論の状況において、「Aがその場でXに対して殺害行為に及ぶと考へられる状況はなく、Xが店内に監禁された状態にあつたともいえず、Xに対する

『急迫』の侵害があったとはいえない」ことから(判例タイムズ六七七号二六三頁の解説者のコメント)、「急迫性」を否定したものであるが、これ以外に本件は、「正当防衛に類似した状況」のテーマにもからんだ事案であり、これは、本稿のテーマにも妥当する。すなわち、「あとで『急迫』の侵害が起きてからでは遅すぎて有効な反撃ができなくなったり、あとで侵害を受ける者に、それが『急迫』のものになるまで、その危険な状態をそのままにさせておくことができない、といった場合に、あとで現実のものになるであろう侵害をあらかじめ予防的に防いでおくことができるのか」、という問題である(判例タイムズ六七七号二六三頁の解説者のコメント)。

(72) 本件の解説として、山本輝之「集団での喧嘩の際の緊急救助と正当防衛・過剰防衛の成否」ジュリスト一〇九一号『平成七年度重要判例解説』(一九九六年) 一三二頁、津田重憲「近時判例に現われた『緊急救助』における『相当性』について——二つの判例を契機として」東亜法学論叢三号(一九九八年) 七三頁以下を参照。

(73) もっとも本件は、①Aを攻撃したウ、エ、オ、カ、②Aを救助しようとしていた被告人とそれを遮ろうとするア、イという図式が成り立つが、判示は、被告人とア、イのみの事態を判断し、Aとウ、エ、オ、カの事態を捨象した判断を行なっている。すなわち、①の場合は、Aに対するウ、エ、オ、カの急迫不正の侵害、②の場合は、被告人とア、イの急迫不正の侵害において、判示は、②の現象に対する反撃行為のみを捉えて「相当性」の判断を行なっていることになり、本判示は事実認定において誤っているとみなければならぬ(津田・前掲注(72) 一〇二—一〇三頁)。

(74) すなわち、本件の場合、被告人は、全体として「急迫不正の侵害」を捉えねばならないのに、判示は、「Aを攻撃していたウ、エ、オ、カ」の事態を看過し、「Aを救助しようとした被告人とそれを遮ろうとするア、イ」の場合のみの「相当性」の判断をなし、そこから過剰防衛を認定したが、本件は全体として「他人のための正当防衛」(緊急救助)の成立する余地があったものといえる(津田前掲注(72) 一〇三頁)。

(75) 前原捷一郎「正当防衛における侵害の急迫性および防衛行為の認定に関する一考察」判例タイムズ六九九号(一九八九年) 二三頁。

(76) この「予防的緊急救助」が「急迫性」の要件を充足するか否かという問題は、「緊急避難の類似状況」の中で、「予防的緊急避難」のテーマにおいて、その成否は、「現存の危難」(現存性)をどのように捉えるかということと軌を一にする。この点については、津田重憲「緊急避難の類似状況」に関する一考察——「現存性」要件からのアプローチ」法律論叢第七五巻四号(二〇〇三年) 一頁以下を見られたい。

## 四 結 論

以上、われわれは、いわゆる「予防的緊急救助」の問題に関して、「急迫性」の観点からそのアプローチを試みてきた。ここにおいて分明になったことは、「他人のための正当防衛」すなわち、「緊急救助」において、それが成立するためには、まず第一に「急迫性」の吟味を通過しなければならない、ということであった。そして、その「急迫性」が認められれば、それは、もはや「緊急救助の類似状況」ではなくて、「緊急救助」そのものとして把握され、そこから他の成立要件である「不正の侵害」や防衛行為における「必要性」と「相当性」、さらには「緊急救助の意思」の要否が検証されねばならないのである。<sup>(77)</sup>しかし、この「緊急救助」の場合、きわめて近い将来において不正の侵害が確実に予期されているものの、現実には法益侵害が行なわれていない状況で、被害者の法益を守るために、第三者が防衛行為に出ることを、われわれは「予防的緊急救助」と称するが、ここでは、「急迫性」の要件を吟味し、その吟味を通過することができれば、それは、「予防的緊急救助」ではなくて、まさに「緊急救助」そのものとして把握されることになる。<sup>(78)</sup>そして、その「急迫性」というのは、学説によれば「攻撃の現在性すなわち攻撃の脅威の現在性が問題なのであって侵害の現在性は要求され<sup>(79)</sup>ないものであり、判例は、「急迫」とは『法益の侵害』が現に存在しているか、又は間近に押し迫っていることを意味し<sup>(80)</sup>、「急迫」とは「被害の現在性までも要求するものではない。なぜなら、被害の緊迫した危険にある者は、加害者が現に被害を与えるに至るまで、防衛（救助）行為をすることをまたなければならぬ」という道理はないと考えられるのである<sup>(81)</sup>」とし、この点では、学説・判例は一致した理解がなされている。しかも、侵害が十分に予期されたものであったとしても、それだけで「急迫性」が失われるわけではないこと

もまた学説・判例は一致している。<sup>(82)</sup>とすれば、「急迫性」の吟味を通過したあと、緊急救助の他の成立要件の検証がなされなければならない。また、「予防的緊急救助」において、「急迫性」の要件が是認されるとすれば、それは「緊急救助」そのものとして把握されるが、それが成立したとしても、その法的処理はどのようになされねばならないのかということは、また別の検証がなされねばならない。<sup>(83)</sup>なお、ドイツでは、差し迫った侵害に対する防衛権を認める立法例が古くから存在しているが、このことは、緊急救助の場合においても当然、妥当するものである。<sup>(84)</sup>

(77) この点につき、津田・前掲注(6)二五六頁以下。

(78) 「緊急救助の類似状況」と「予防的緊急救助」とは、その概念が異なることについては、前掲注(25)を参照。

(79) 瀧川Ⅱ宮内Ⅱ瀧川・前掲注(47)一五三頁。

(80) 最判昭和四十六年二月一六日刑集二五卷八号九六頁。

(81) 最判昭和二十四年八月一八日刑集三卷九号一四六五頁。

(82) 大塚仁・別冊ジュリスト五七号八四頁。

(83) この法的処理に関しては、予防的正当防衛の考え方を敷衍して、①緊急救助規定適用説、②緊急救助規定の類推適用説、③対物防衛規定の類推適用説、④緊急避難規定の類推適用説、⑤緊急避難規定適用説が唱えられている。私見によれば、①の緊急救助(正当防衛)規定適用説を支持するが(津田・前掲注(6)二七五—二七六頁)、多数説は、⑤の「緊急避難規定適用説」を採る(わが国では、斉藤(誠)・前掲注(5)二八四頁、大杉・前掲注(12)二二四頁、大嶋・前掲注(12)九七頁が「緊急避難規定適用説」の賛同者である)。

(84) 因みに、ドイツでは古くから、立法例として「差し迫った侵害に対する防衛権」を認めており、プロイセン普通法五一七条三項(一七九四年)、バイエルン刑法二二五条(一八三三年)、ザクセン刑法九一条(一八三八年)、ヴェルテンベルク刑法一〇二条(一八三九年)、ブラウンシュヴァイク刑法二六六条(一八四〇年)、チューリンゲン刑法六六条(一八五〇年)、バイエルン刑法七二条(一八六一年)などが挙げられる(Vgl. Supert, a.a.O., S.359, Anm25)。この点については、津田・前掲注(6)二六〇頁以下を参照されたい。なお、サムゾンによれば、攻撃の「現在性」とは、「攻撃行為が現実に行なわれ、

または侵害行為が継続している場合はもとより、攻撃行為が直接に目前に迫っている場合にも現存性がある」(Vgl. Samson, Systematische Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, A.T. 3. Aufl., 1981, §32, RND10.) と述べらる。